



ICPD – Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento
CESAPE – Centro de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão
Curso de Especialização Pós Graduação lato sensu em Direito Material e Processual Penal e
Segurança Pública

Rodrigo Duarte Guimarães

O Estatuto de Roma, a Entrega de Nacionais e a Constituição Brasileira

Brasília
2006

Rodrigo Duarte Guimarães

O Estatuto de Roma, a Entrega de Nacionais e a Constituição Brasileira

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em Direito Material
e Processual Penal e Segurança Pública.

ORIENTADOR: Dr. Fabiano Augusto
Martins Silveira

Brasília
2006

Rodrigo Duarte Guimarães

O Estatuto de Roma, a Entrega de Nacionais e a Constituição Brasileira

Trabalho apresentado ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD)
como pré-requisito para a obtenção de
Certificado de Conclusão de Curso de Pós-
Graduação *Lato Sensu* em Direito Material
e Processual Penal e Segurança Pública.

ORIENTADOR: Dr. Fabiano Augusto
Martins Silveira

Brasília, 23 de junho de 2006

Banca Examinadora

Prof. Dr. Fabiano Augusto Martins Silveira

Profa. Dra. Zilah Maria Callado Fadul

Profa. Dra. Tânia Cristina da Silva Cruz

RESUMO

Este trabalho monográfico tem por objetos de estudo o instituto da entrega previsto no Estatuto de Roma e a possibilidade de sua efetivação no Brasil segundo os preceitos da ordem jurídica aqui vigente, ante a vedação constitucional de extradição de brasileiros, constante do rol de direitos e garantias individuais. Para esta análise, consideramos, de um lado, os eventuais óbices jurídicos, apontados por muitos operadores do Direito, constatáveis a partir de uma análise hermenêutica das normas aplicáveis e, de outro lado, o posicionamento da doutrina brasileira e estrangeira acerca do tema, especialmente no que concerne à sua conformidade com as normas e princípios constitucionais. Levantamos, assim, os argumentos fundantes das hipóteses de constitucionalidade e inconstitucionalidade da entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional a que o Brasil aderiu pela ratificação do Estatuto de Roma. Com isso, pretendemos trazer à tona assunto de grande relevo para os aplicadores do direito e para todos os profissionais que se debruçam sobre a temática da proteção dos direitos humanos e dos instrumentos internacionais garantidores desses direitos.

Palavras-Chave: Tribunal Penal Internacional. Entrega. Constitucionalidade.

ABSTRACT

This monograph intends to analyze the institute of surrender prescribed by the Rome Statute and the possibility of its effectiveness in Brazil as regards its domestic legal order, especially considering the Constitutional prohibition of nationals extradition, enshrined on the list of individual rights and guarantees. For this analysis, it was considered, in one hand, the domestic legal obstacles pointed by a number of law operators, departing from an hermeneutic analysis of the related legislation, and on the other hand, the position of national and foreign doctrine on this issue, particularly concerning its conformity to Brazilian Law and Constitutional Principles. Thus, this study raises the fundamental arguments regarding both the constitutionality and the unconstitutionality of the provision of surrender of national individuals to the International Criminal Court, which Brazil has adhered by the ratification of Rome Statute. Indeed, this research aims to discuss a topic of great importance to law operators and those professionals that dedicate themselves to the subject of the protection of human rights and its International instruments.

Key-Words: International Criminal Court. Surrender. Constitutionality.

“O mundo não está ameaçado pelas más pessoas, mas sim por aqueles que permitem a maldade.”

Albert Einstein

*Ao Mestre Doutor Fabiano Silveira pela orientação
pertinente e determinante na condução desta pesquisa,
ao amigo e colega Delegado de Polícia Federal
Rogério Galloro, pela compreensão e confiança em
mim depositada,
ao amigo Procurador da República Vinícius Fermino,
pela presença, apoio e ajuda inestimável,
à minha mãe Terezinha, meu pai Marcos, meus
irmãos Marcos e Ricardo e aos amigos pela presença
constante, mesmo na distância,
meu MUITO OBRIGADO!*

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	8
1. INTRODUÇÃO	8
1.1 MÉTODO	10
2. UM BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL INTERNACIONAL	12
3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DE ROMA NO BRASIL	19
3.1 DO TRATADO INTERNACIONAL.....	19
3.2 A RATIFICAÇÃO PELO BRASIL – CONSTITUCIONALIDADE.	19
4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ENTREGA DE NACIONAIS	29
4.1 DA ENTREGA PREVISTA NO ESTATUTO DE ROMA.....	29
4.2 DA EXTRADIÇÃO.....	31
4.3 DA ENTREGA DE NACIONAIS	37
4.3.1 <i>Dos argumentos referentes à inconstitucionalidade da entrega de nacionais.....</i>	<i>38</i>
4.3.2 <i>Dos argumentos referentes à constitucionalidade da entrega de nacionais.....</i>	<i>41</i>
5. CONCLUSÃO	44
BIBLIOGRAFIA	46
CONSULTA ELETRÔNICA.....	48

1. INTRODUÇÃO

Em diversas oportunidades na História, a comunidade mundial apoiou a formação de cortes internacionais para o julgamento de pessoas que atentaram violentamente contra direitos fundamentais universalmente reconhecidos. Seja na formação do Tribunal de Nuremberg, seja na criação do Tribunal Internacional para a ex-Iugoslávia ou, ainda, do Tribunal para Ruanda, o interesse da comunidade internacional surgiu de uma clara necessidade de não deixar impunes indivíduos cujos atos criminosos, violadores de direitos humanos, repercutiram além dos limites territoriais do local onde foram cometidos, em razão de sua magnitude e crueldade. Buscou-se, pela formação de juízos internacionais, suprir a ineficiência dos sistemas repressivos existentes que teriam competência para apurar tais atos, formando-se órgãos judiciais supranacionais responsáveis pelo processamento das acusações em face desses indivíduos.

Todavia, a formação de tribunais temporários para cada caso (tribunais *ad hoc*) sempre foi severamente criticada por juristas e advogados de defesa dos réus, em razão de alegado desrespeito a princípios basilares e mundialmente reconhecidos do Direito. De um lado, diz-se que feriu o mandamento básico da Irretroatividade Penal, garantia historicamente construída pelo processo de humanização do Direito Criminal para proteção da legitimidade das condenações. Com efeito, tem-se reputado ofendido tal postulado nas acusações processadas perante aqueles tribunais internacionais, em razão de basearem-se na prática de fatos que foram tipificados como crimes internacionais em momento posterior à sua consumação. Ainda, de outro lado, alardearam-se críticas fundadas na violação ao princípio processual do juiz natural, à vista de o órgão julgador ser constituído posteriormente à perpetração do fato criminoso e especificamente para apurá-lo (tribunal especial e *ex post factum*).

Em decorrência dessas argumentações bastante procedentes e tendo em vista a necessidade de criar-se um instrumento efetivo de proteção dos direitos humanos reconhecidos mundialmente e de punir os agentes violadores desses mesmos direitos, a comunidade internacional passou a vislumbrar a criação de um tribunal criminal permanente de âmbito mundial, o que culminou com a assinatura, no ano de 1998, na capital italiana, de tratado multilateral instituidor de uma corte internacional nesses moldes.

Em setembro de 2002, o tratado conhecido como Estatuto de Roma, que cria e regulamenta o Tribunal Penal Internacional, foi promulgado no Brasil, passando a integrar o ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 4.388, de 25/09/2002.

O Tribunal Penal Internacional é uma corte de caráter internacional, permanente e independente criada para julgar crimes mais graves que afetem o conjunto da comunidade internacional.

Antes mesmo de sua promulgação no Brasil, diversos dispositivos do Estatuto foram questionados por operadores do Direito, tendo em vista sua suposta incompatibilidade com leis e princípios vigentes no País. Diante da controvérsia, é de extrema importância a análise acurada de pontos conflitantes do Estatuto de Roma, visando a melhor integrá-lo ao ordenamento pátrio, antecipando eventuais contradições que poderiam vir a ser apontadas no momento de sua efetiva aplicação.

A análise científica de eventuais óbices à concretização do Estatuto no Brasil e a constatação da existência, ou inexistência, de disposição conflitante com a Lei Magna apresentarão instrumentos para a conclusão acerca da constitucionalidade do tratado como um todo e de seus dispositivos.

Este trabalho monográfico tem por objeto específico a análise da possibilidade da entrega de nacionais pelo Estado brasileiro ao Tribunal Penal Internacional, prevista no art. 89, 1, do Estatuto, em face dos preceitos constitucionais vigentes no País. Tema que já vem sendo debatido entre doutrinadores e operadores do Direito diante do aparente conflito com a regra, inserta no inciso LI do art. 5º da Constituição Federal de 1988, que veda a extradição de brasileiros.

Debruçar-se sobre esse tema corresponde a confrontar um assunto que adquiriu *status* de ordem do dia na pauta mundial, já que a criação do Tribunal Penal Internacional, em 1998, decorreu de um antigo anseio da comunidade mundial no sentido de formarem-se instrumentos de proteção jurídica contra os atos brutais e irracionais que afrontam os direitos humanos, prevenindo e reprimindo a prática dessas condutas que já assolaram a humanidade no decorrer da História.

Hoje, o Tribunal Penal Internacional é uma realidade. Com sede em Haia, na Holanda, possui, inclusive, em seus quadros, uma juíza brasileira, a Desembargadora Federal Sylvia Steiner, eleita pela Assembléia de Estados Partes.

Ainda nenhuma acusação formal foi submetida à Corte. Contudo, quatro inquéritos estão em andamento perante a Procuradoria do Tribunal, envolvendo denúncias de graves violações de direitos humanos perpetradas em três países africanos: Uganda, República Democrática do Congo e Sudão. Vale mencionar que, no transcurso do inquérito que apura atos atentatórios a direitos fundamentais em Uganda, já foram exaradas, pela Segunda Câmara de Inquéritos do Tribunal, cinco ordens de captura e entrega de agentes suspeitos de participação no cometimento de crimes previstos no Estatuto, como submissão de pessoas, assassinatos, escravidão sexual, rapto e recrutamento forçado de crianças naquele país¹.

A relevância de uma discussão acerca da constitucionalidade dos preceitos do Estatuto de Roma no Brasil ultrapassa a mera análise técnico-jurídica acerca da instalação de um tribunal internacional e suas repercussões no ordenamento pátrio. É preciso ter-se em conta que estamos diante de uma instituição que foi criada com o importantíssimo e fundamental objetivo de zelar pela segurança da humanidade. Para o funcionamento dessa entidade, foi-lhe conferido, formalmente, regramento internacional avançado que assegura seu intento em punir os agentes perpetradores de crimes contra a dignidade humana. Entretanto, a efetividade desse organismo dependerá da forma pela qual a comunidade internacional e, mais especificamente, os ordenamentos jurídicos nacionais dos estados signatários, inclusive o Brasil, colocar-se-ão diante das regras estabelecidas pelo Tratado de Roma. Ou tomamos por premissa a necessidade de seu reconhecimento internacional como ordem jurídica complementar à atuação dos Estados soberanos e verdadeiro instrumento de prevenção da ocorrência de crimes internacionais, acabando com a sensação de impunidade dos autores de tais delitos, que, ainda hoje, assolam diversas regiões do planeta; ou retiramos sua eficácia e reconhecemos, nesse tratado, mais uma tentativa frustrada da humanidade em implementar uma instituição permanente de proteção dos direitos humanos.

1.1 Método

Iniciaremos a presente pesquisa com uma análise histórica da formação do conceito de responsabilidade penal internacional, passo importante para o entendimento das

¹ Fonte: sítio oficial do TPI: <http://www.icc-cpi.int>.

nuances sociológicas e jurídicas que envolvem a constituição de um Tribunal Penal Internacional permanente.

O debruçar sobre a formação histórica de uma demanda internacional pela responsabilização de criminosos cujos atos violem direitos universalmente reconhecidos trará o embasamento necessário para compreenderem-se muitas das especificidades inerentes ao estudo de um objeto inserido na seara das garantias de direitos globalmente protegidos.

Após o breve histórico necessário, partiremos para a busca de uma ou mais respostas à questão proposta: *Seria o instituto da entrega, previsto no Estatuto de Roma, compatível com a Constituição Federal brasileira?*

Como já dito, essa indagação tem pertinência ante a promulgação do Tratado de Roma no Brasil, que prevê a entrega de pessoas ao tribunal, na vigência da proibição constitucional de extradição de brasileiros.

A construção de respostas a essa questão exige uma análise sistemática, pelo método exegético e interpretativo, dos dispositivos legais, convencionais e constitucionais que servem de aparato normativo instituidor da entrega e da extradição. Por meio da análise hermenêutica lógica e sistemática, buscar-se-ão apurar pontos de convergência e divergência a nortear o entendimento pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma internacional questionada.

Também com o fito de solucionar a questão posta, por meio de pesquisa bibliográfica, analisaremos os posicionamentos da doutrina jurídica brasileira e estrangeira acerca do tema, apontando diversas linhas de argumentação construídas até o momento.

A análise das idéias doutrinárias permitirá, ainda, o levantamento de contra-argumentações necessárias a um estudo dialético da temática proposta, a fim de concluirmos pela definição de uma ou mais respostas à indagação colocada.

2. Um breve histórico da responsabilização penal internacional

Na Alemanha Nazista, Karl Brandt e outros médicos instituíram o “Programa Eutanásia”, baseado na matança sistemática daqueles que eram considerados “indignos da vida”, entre os quais figuravam retardados, doentes mentais e deficientes físicos. Com a eclosão da II Grande Guerra, esses médicos dirigiram seus experimentos pseudocientíficos para milhares de prisioneiros dos campos de concentração, sobretudo judeus, poloneses, russos e ciganos. As experiências, na realidade, incluíam assassinatos, brutalidades, crueldades, torturas, atrocidades e todo tipo de ato desumano. A maioria das vítimas, utilizadas como cobaias, morreram, em virtude das experiências, ou ficaram permanentemente seqüeladas. Karl Brandt e outros dezesseis médicos foram condenados pelo Tribunal de Nuremberg. Sete deles, a exemplo de Brandt, receberam a pena capital e foram enforcados em 02/06/1948.

Em 13/12/1937, o Exército Imperial Japonês, após a tomada de Xangai, dirigiu-se ao Norte da China invadindo a cidade de Nanjing, livre de qualquer resistência devido à fuga das tropas nacionalistas chinesas. Por seis semanas, mais de 300 mil civis chineses, entre os quais mulheres e crianças, foram brutalmente mortos em Nanjing, após saques, estupros e incêndios. Levado a julgamento perante o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, o comandante das operações japonesas em Nanjing, o general Matsui Iwane, foi condenado à morte por enforcamento, pelo cometimento de crimes de guerra e contra a humanidade.

Slobodan Milosevic, ex-Presidente da antiga República da Iugoslávia, foi acusado de comandar violentas operações militares na expulsão de kosovares de origem albanesa da província do Kosovo em 1999, a fim de assegurar o domínio sérvio sobre a região, o que se fez mediante assassinatos em massa, abusos, pilhagens e destruição dos documentos pessoais das populações atingidas. As acusações envolvem, ainda, a retirada violenta, entre 1991 e 1992, de croatas e outras populações de origem não sérvia, de aproximadamente um terço do território da Croácia, em prol da construção de uma outra província com dominação sérvia. Recentemente, novas acusações recaíram sobre operações de mesma natureza empreendidas sobre comunidades não sérvias na Bósnia Herzegovina, entre 1987 e 2000. Tais denúncias de autêntico genocídio, processadas perante o Tribunal

Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, poderiam levar Milosevic à prisão perpétua, caso o processo não houvesse sido extinto pela sua morte recente.

No início de 1994, a milícia do governo de Ruanda, de origem étnica *hutu*, comandou um massacre de ferocidade sem paralelo contra a comunidade *tutsi* do país e *hutus* que se opusessem ao regime vigente. Durante um período de três meses, cerca de um milhão de pessoas foram mortas, enquanto cento e trinta mil fugiram para territórios adjacentes. No conflito, foram violentadas várias mulheres, das quais dois terços infectaram-se com o vírus HIV, ao passo que outras tantas foram traumatizadas, sendo poucas as que receberam tratamento ou apoio social. Em julho de 1994, a ofensiva da frente *tutsi* em resposta ao massacre levou a outra tragédia, quando entre um e dois milhões de *hutus* se refugiaram na província de Kivudo, no Zaire, onde, com o esgotamento completo dos recursos existentes, outros milhares morreram de cólera ou disenteria antes de chegar auxílio ou que pudessem regressar a suas casas. Supõe-se que apenas um terço da população ruandesa tenha sobrevivido ou ficado no país. A investigação dos crimes cometidos durante o conflito levou à criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que, entre outros feitos, condenou à prisão perpétua o ex-Primeiro-Ministro Jean Kambanda, principal ideólogo do poder *hutu*.

Como visto, na história contemporânea, desde quando a comunidade internacional passou a configurar-se como importante instrumento de pressão sobre os Estados soberanos, houve um movimento no sentido da criação de instrumentos destinados a responsabilizar agentes envolvidos em práticas abusivas contra a humanidade. Contudo, antes disso, e durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que apenas os Estados soberanos e organismos internacionais seriam sujeitos de Direito Internacional Público, de forma a eximir os indivíduos de qualquer tipo de responsabilização no plano externo. Apesar de majoritário, esse posicionamento já era combatido desde os tempos de Hugo Grotius, tido como precursor do moderno Direito das Gentes².

A partir da idéia de que a dignidade humana, como direito interculturalmente reconhecido, deve estar protegida por instrumentos que ultrapassem a barreira da soberania dos Estados - sob pena de que suas graves violações passem impunes -

² Apud CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. *O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira*. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000, p. 12.

cada Estado e a comunidade internacional foram chamados forçosamente a proteger esse bem jurídico com o Direito Penal.

O professor italiano Antonio Cassese (2005) leciona que o processo dirigido à adoção final de um Estatuto para um Tribunal Penal Internacional permanente pode ser dividido em quatro etapas distintas:

- 1) primeiras tentativas malogradas (1919-1945);
- 2) processos penais no período posterior à Segunda Guerra Mundial: os julgamentos de Tóquio e Nuremberg (1919-1946);
- 3) preparação para o futuro TPI: o trabalho da Comissão de Direito Internacional da ONU (1950-1954, 1990-1994); e
- 4) “nova ordem mundial” pós-Guerra-Fria: a evolução gradual dos dois Tribunais *ad hoc* e o surgimento do Estatuto do TPI (1991-1998).

No plano internacional, como bem aponta Cassese (2005), pode-se contextualizar a primeira tentativa de responsabilização penal de indivíduos na conjuntura posterior à Primeira Grande Guerra, por meio da inserção no Tratado de Versalhes (1919) – que fundou a Liga das Nações – de dispositivo visando à criação de tribunal destinado ao julgamento do ex-*kaiser* alemão Guilherme II (arts. 227 a 229), por ofensa à moralidade internacional e à autoridade dos tratados, em decorrência dos atos praticados no decurso daquele primeiro conflito mundial. Todavia, esse intento foi frustrado pela recusa da Holanda em entregar Guilherme II para julgamento, justamente sob a alegação de que não poderia haver responsabilização individual na égide internacional e, ainda, contrapondo as imunidades decorrentes do cargo de Chefe de Estado de que era titular o acusado na época da prática daqueles atos.

Igualmente, na conjuntura pós-I Guerra, mediante a assinatura do Tratado de Sèvres, tentou-se responsabilizar o Governo Otomano pelo extermínio de quase um milhão de armênios. Entretanto, esse tratado jamais foi ratificado pela Turquia. Convém ressaltar que o massacre dos armênios pelos turcos otomanos é tido como o primeiro genocídio em massa da

História, qualificado como crime contra a humanidade pela Declaração do Império Otomano, idealizada pelos governos russo, francês e britânico em 1915.

Em 1920, como relata Cassesse (2005), foi formado um “Comitê Consultivo de Juristas”, convocado para elaborar o projeto de um Tribunal Internacional de Justiça Permanente com competência para julgar “crimes que constituíssem quebra da ordem pública internacional ou crimes contra o direito universal das nações” que fossem submetidos a essa corte pela Liga das Nações. Como já se esperava, a proposta apresentada foi rejeitada pela Assembléia da Liga das Nações. A soberania dos Estados ainda era considerada a norma básica da comunidade internacional.

Apesar dessas primeiras iniciativas, a responsabilização internacional individual apenas veio a consumir-se algumas décadas depois, mais precisamente após a Segunda Guerra, quando os países vencedores criaram, pelo Acordo de Londres, o conhecido Tribunal de Nuremberg (denominado oficialmente Tribunal Militar Internacional), corte internacional instituída para julgar os indivíduos responsáveis pelas atrocidades cometidas contra a humanidade no decorrer daquele conflito. Por esse acordo, assinado em 1945, foram pela primeira vez tipificados em instrumento internacional os crimes contra a paz, de guerra e contra a humanidade. Foram julgadas vinte e três pessoas – sendo vinte delas médicos acusados de experimentos brutais com seres humanos – das quais sete foram condenadas à pena capital; cinco, à prisão perpétua; e quatro, à prisão por tempo definido (dezesseis condenações no total).

A indignação provocada pelos horrores extremos do genocídio nazista na Europa gerou uma convicção geral de que nunca mais se poderia permitir que esse tipo de tirania ocorresse sem ser questionada e devidamente punida.

Também em decorrência dos atos praticados na Segunda Grande Guerra, foi criado, pela Carta de Tóquio, o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, com o intuito de punir os crimes de guerra cometidos por autoridades políticas e militares do Japão Imperial. Constituído em 1946, esse tribunal julgou vinte e oito líderes nacionais, dos quais oito foram condenados à morte e dezesseis à prisão perpétua, por crimes de guerra, contra a paz e contra a humanidade.

Ainda que a instituição desses tribunais tenha notável valor na formação da consciência internacional voltada à responsabilização dos agentes perpetradores de condutas atentatórias à pessoa humana e de gravidade internacional, não olvidamos que suas decisões podem ser questionadas pela parcialidade decorrente de constituírem-se em verdadeiros instrumentos de imposição da vontade dos países vencedores. A propósito, vale lembrar que em nenhum momento foram submetidos à apreciação desses tribunais, por exemplo, o extermínio da população civil japonesa pelas bombas de Hiroshima e Nagasaki, nem outros atos igualmente abomináveis praticados pelas nações vencedoras do conflito.

Feitas as devidas ressalvas, devemos, ao menos, reconhecer a importância dessas instituições como marco inicial de uma série de instrumentos internacionais criados no intuito da proteção universal dos direitos humanos. Como bem lembra Mazzuoli (2005), citando Hannah Arendt, “o período do pós-Segunda Guerra significou o resgate da cidadania mundial – ou a reconstrução dos direitos humanos – baseada no princípio do ‘direito a ter direitos’[...]”.

Esse momento histórico representou o início da humanização do Direito das Gentes, quando começaram a ser elaborados os mais importantes tratados de proteção da dignidade humana, formando-se o embrião de um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

A partir de então, a Organização das Nações Unidas buscou estabelecer mecanismos permanentes e imparciais para a administração da justiça penal internacional. Resolução da Assembleia Geral de 1947 solicitou à Comissão de Direito Internacional (CDI) a formulação de um projeto de estatuto para o estabelecimento de um tribunal penal internacional.

Em 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção sobre a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, que entrou em vigor em 1951, já prevendo, em seu art. 6º, a criação de uma corte penal internacional. No mesmo ano, chegou a ser apresentado, na Assembleia Geral, projeto de criação de um tribunal criminal internacional, revisado em 1953. Contudo, a proposta acabou sendo “engavetada” diante da conjuntura mundial da época (em plena Guerra Fria), desfavorável ao consenso.

Somente em 1989, após o fim da Guerra Fria, a Assembléia Geral solicitou, mais uma vez, que a CDI tratasse da instalação de um tribunal penal internacional (Resolução 44/39, de 04/12/1989).

Na história mais recente (década de noventa), também sob os auspícios das Nações Unidas, formou-se um tribunal para punir as condutas abusivas praticadas no transcurso da guerra civil que assolou a antiga Iugoslávia.³ O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPII) foi instituído pela Resolução nº 827, de 25/05/1993, do Conselho de Segurança da ONU, na qual ficou explicitado que a situação na ex-Iugoslávia, especialmente na Bósnia-Herzegovina – onde havia informes de homicídios e detenção em massa, estupro e práticas de “limpeza étnica” – constituía uma ameaça à paz e à segurança internacionais de acordo com o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas.

O TPII, sediado na Holanda, ainda está em pleno funcionamento e ocupa-se de julgar diversos indivíduos acusados do cometimento de crimes contra a humanidade. A Corte já proferiu cinco condenações (duas pendem de recurso); um processo ainda está em andamento (Milosevic); sete procedimentos estão em fase inicial de acusação; e dois acusados ainda são procurados para processamento.⁴

Em 1994, deu-se, também, a formação, por Resolução do Conselho de Segurança da ONU (Resolução nº 955, de 08/11/1994), do Tribunal de Ruanda para a punição das condutas que levaram ao grande massacre genocida que castigou aquele país africano naquele ano, verdadeira carnificina promovida pela etnia *hutu* contra os *tutsis* (estima-se o assassinato de cerca de um milhão de pessoas). A mencionada corte penal internacional, sediada na Tanzânia, já condenou vinte duas pessoas, e vinte e cinco ainda estão sendo processadas.⁵

Pelos exemplos dados e, ainda, tendo em vista o apoio das Nações Unidas na formação de recentes tribunais *ad hoc*, podemos concluir que a comunidade internacional vem, de forma reiterada, zelando pela punição dos indivíduos que cometem crimes de repercussão mundial. Essa tendência, até bem pouco tempo, vinha-se concretizando, unicamente, por intermédio da criação de tribunais internacionais especiais, que não deixam

³ Documento das Nações Unidas (NU) S/25704, de 03/05/93, §32 e ss.

⁴ Fonte: sítio oficial do Tribunal para a ex-Iugoslávia - <http://www.un.org/icty> (em 07/01/2006)

⁵ Fonte: sítio oficial do Tribunal para Ruanda - <http://www.un.org/icty> (em 07/01/2006)

de ser alvo de críticas em razão de sua instituição *ex post factum* e com competência para julgamento pontual de cada caso.

Pelo fato de tais tribunais não serem permanentes, e sim juízos *ad hoc*, eles foram veementemente criticados por doutrinadores e aplicadores do Direito, que vislumbram na aceitação internacional desses órgãos jurisdicionais uma afronta a princípios basilares do Direito. Argumento que reiteradamente é utilizado pela defesa dos acusados submetidos à jurisdição dessas cortes especiais. E, em razão disso, formou-se, mundialmente, uma corrente pela criação de uma instância internacional permanente com atribuição para o julgamento dos crimes contra a humanidade, retomando-se as discussões acerca da proposta de Trinidad e Tobago (1989) de criação de uma corte criminal supranacional.

Em resposta ao anseio da comunidade mundial no estabelecer uma corte penal internacional de caráter permanente, vem à luz, por fim, o Tribunal Penal Internacional, concebido pelo Estatuto de Roma, de 1998. Como afirma Mazzuoli (2005), trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional.

O tratado internacional denominado Estatuto de Roma foi aprovado em julho de 1998, na Conferência Diplomática de Plenipotenciários das Nações Unidas, em Roma, objetivando constituir um tribunal internacional dotado de personalidade jurídica própria, com sede em Haia, na Holanda, com jurisdição criminal permanente.

A aprovação se deu por cento e vinte Estados, havendo apenas sete votos contrários (China, EUA, Iêmen, Iraque, Israel, Líbia e Qatar) e vinte e uma abstenções. Contudo, apesar de aprovado desde 1998, apenas entrou em vigor internacionalmente em 1º de julho de 2002, primeiro dia do mês seguinte ao período de sessenta dias após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, nos termos do art. 126, §1º, do Estatuto.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ESTATUTO DE ROMA NO BRASIL

3.1 Do Tratado Internacional

Um Estado pode utilizar uma dentre diversas formas para aderir a uma convenção, acordo ou tratado internacional. Os métodos mais comuns, dentro das hipóteses previstas na Convenção de Viena, de 1969, são a ratificação e a assinatura, conforme aponta Saulo Casali Bahia (2005).

A mera assinatura pode ser considerada expressão definitiva de consentimento quando o tratado ou os negociadores assim estabelecerem ou em decorrência da plenitude de poderes dos representantes. Trata-se, nesse caso, da chamada assinatura plena, apenas possível, no Brasil, nos casos de acordos meramente executivos, que não trazem encargos maiores ao patrimônio nacional, razão por que não necessitam passar pelo crivo do Poder Legislativo.

A regra no Brasil e na maioria dos países é da ratificação, tida como expressão do consentimento posterior à assinatura do acordo por representante plenipotenciário. Como bem lembra Bahia (2005), a ratificação significa a manifestação de assentimento da autoridade competente de um Estado quanto ao texto de um tratado e revela externamente a vontade de obrigar-se pelo mesmo.

3.2 A ratificação pelo Brasil – Constitucionalidade.

Representantes do Governo Brasileiro já participavam, mesmo antes da Conferência de Roma de 1998, de uma Comissão Preparatória para o estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional e tiveram destacada atuação em todo o processo de criação dessa Corte. Isso devido principalmente ao que dispõe o art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, ao preceituar que “o Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”.

Em 07/02/2000, o Brasil assinou o Estatuto de Roma, que foi posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06/06/2002, o qual autorizou o Presidente da República a efetuar o depósito da carta de

ratificação (20/06/2002) e promulgar o acordo na ordem jurídica interna, o que se efetivou pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002.

Com o depósito da carta de ratificação, o Brasil tornou-se parte no tratado do Estatuto de Roma. Frise-se que, entre a assinatura e a ratificação, foi constituído, no Ministério da Justiça, um Grupo de Trabalho, coordenado pelo professor Tarciso Dal Maso, instituído pela Portaria MJ nº 1.036/2001, com o objetivo de elaborar proposta de legislação para a implementação interna do Estatuto. Em 25/10/2002, o referido Grupo de Trabalho apresentou “Anteprojeto de Lei que define o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade e os crimes de guerra, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências.”

Como aponta Bahia (2005), a efetiva instalação do Tribunal Penal Internacional e a entrada em vigor do Tratado de Roma fizeram surgir algumas questões relacionadas às perspectivas internacionais de funcionamento do Tribunal e, especialmente no Brasil, sérias dúvidas referentes à constitucionalidade de muitos dos dispositivos previstos no texto convencional. Daí a especial preocupação do Governo em adequar os preceitos do Estatuto à ordem jurídica brasileira.

Diga-se, ainda, que, em 08/12/2004, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45, relativa à Reforma do Judiciário, que incluiu, no art. 5º da Constituição Federal, o novo § 4º, o qual acresce ao rol dos direitos e garantias individuais a previsão de que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Possivelmente, a elaboração da dita Emenda Constitucional decorreu da tentativa de melhor adequar o Tratado de Roma ao ordenamento pátrio, conferindo-lhe albergamento constitucional⁶. Preocupação que, ao nosso ver, decorre do fato de, por diversas vezes, a nossa instância máxima judiciária, o Supremo Tribunal Federal, já ter conferido *status* de lei ordinária às convenções internacionais ratificadas pelo Brasil⁷, impondo, dessa forma, a conformidade dos preceitos convencionais aos ditames constitucionais.

⁶ Ressalte-se que a mesma EC/45 acrescentou, no art. 5º, o §3º que expressamente confere *status* constitucional aos tratados de direitos humanos que cumpram o rito de aprovação legislativa ali previsto.

⁷ STF, ADI 1480 MC/DF, Tribunal Pleno. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 18-05-2001, p.429.

A preocupação do Governo e do nosso legislador tem relevância diante das diversas ressalvas que os doutrinadores e operadores do Direito têm feito a alguns dispositivos do Estatuto de Roma, que aparentemente afrontam preceitos constitucionais.

Avante, relacionamos alguns dos pontos de aparente conflito constitucional indicados na Doutrina:

- a) afastamento de qualquer hipótese de imunidade e foro por prerrogativa de função a agentes ocupantes de cargos especiais (art. 27 do Estatuto);
- b) obrigação de entrega de nacionais (art 89, 1, do Estatuto);
- c) inexistência de *quantum* específico para as penas cominadas aos crimes tipificados no Estatuto;
- d) previsão de pena de prisão perpétua (art. 77 do Estatuto);
- e) falta de previsão de recusa de entrega de indivíduo nacional ou estrangeiro, com fundamento em crime político.

Dada a relevância da matéria e a complexidade do estudo de cada um desses tópicos – que envolvem preceitos de diversos ramos do Direito (Internacional Público, Penal Internacional, Constitucional, Penal, etc.) que precisam ser considerados em uma análise científica do tema – não haveria como, neste trabalho monográfico, abordar todas essas questões.

De tal modo, zelando pela correta execução de um método científico, impõe-se, diante da constatação da amplitude do tema proposto, realizar um corte metodológico, a bem de restringir-se, dessa forma, nossa análise ao item “b” *supra*, ou seja, à constitucionalidade da entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional.

Ao realizarmos o corte temático, tomamos por premissa que devem ser consideradas superadas, em tese, todas as demais questões postas, de forma a limitarmos nosso espectro de análise à constitucionalidade do art. 89, 1, do Estatuto, que obriga a entrega de nacionais requisitada pelo Tribunal. Estamos cientes, entretanto, que se trata, como

qualquer corte científico, de uma restrição arbitrária do tema, vez que seriam pertinentes os questionamentos acerca da constitucionalidade de cada um dos dispositivos acima apontados, se quiséssemos esgotar todos os meandros de uma possível aplicação do Estatuto no ordenamento brasileiro. Isso apenas seria viável, entretanto, em um compêndio analítico minucioso, que não corresponde à proposta do presente trabalho.

Voltando-nos para a questão escolhida, constatamos que muitos operadores do Direito e doutrinadores radicados em países onde impera a vedação constitucional da extradição de nacionais passaram a indagar sobre a constitucionalidade do dispositivo estatutário relativo à entrega em seus Estados. E, considerando que o Tratado de Roma não admite reservas, para muitos autores, ao questionar-se um dispositivo dele, questiona-se, de fato, a constitucionalidade da Convenção como um todo.

Para os juristas brasileiros, a dúvida que se põe é: haveria violação ao disposto no art. 5º, inc. LI, da Constituição Federal, que impede a extradição de brasileiros? Para Japiassú (2005), se a resposta a essa questão for positiva, por si só implicaria vício insuperável que impediria a ratificação pelo Brasil do Tratado de Roma. Cumpre-nos, entretanto, ressaltar, em oposição ao argumento do ilustre autor, a plausibilidade do entendimento segundo o qual é possível a incorporação do Estatuto no Brasil, considerando-se apenas um ou outro de seus dispositivos inconstitucionais. Dessa forma, o Tratado de Roma estaria incorporado ao ordenamento pátrio, contudo o dispositivo pertinente à entrega seria inconstitucional em parte, no que concerne à obrigação de entrega de nacionais. O Governo brasileiro estaria impossibilitado de efetivar a entrega de nacionais, incidindo, em caso de eventual pedido do Tribunal nesse sentido, em ilícito internacional decorrente do descumprimento de dispositivo de tratado que ratificou.

Se considerássemos eventual negativa do Governo brasileiro em entregar nacionais ao Tribunal Penal Internacional, caracterizar-se-ia a responsabilidade internacional do Brasil enquanto Estado Parte obrigado a cumprir os preceitos do Estatuto de Roma. Nesse passo, como bem lembra o internacionalista Guido Soares (2002), um comportamento de um Estado pode constituir-se em violação a um dever internacional, ainda que esteja em conformidade com as regras do ordenamento jurídico interno.

Embora essas questões pareçam assumir grande relevo e repercussão na ordem constitucional brasileira, surpreendeu-nos, na pesquisa realizada, o fato de que praticamente a unanimidade dos doutrinadores brasileiros que se debruçaram sobre essa temática facilmente defende a constitucionalidade do Estatuto e do instituto da entrega. Para isso, utilizam, na maioria das vezes, frágeis argumentações que, a nosso ver, revelam-se insuficientes para formar uma convicção plena acerca da solução da controvérsia.

Supomos que a aparente unanimidade da doutrina brasileira e a fraqueza de suas argumentações derivam de duas circunstâncias. A primeira corresponde à notória relevância universal do Estatuto de Roma, que chega a ser considerado por muitos o mais importante instrumento internacional já assinado após a Declaração das Nações Unidas, de forma a provocar um sentimento generalizado tendente à proteção de sua validade no ordenamento jurídico brasileiro. De outro lado, a segunda circunstância de realce refere-se a que, por se tratar de um tema relativamente novo na doutrina jurídica nacional, nem todos os ramos teóricos se manifestaram. Percebemos que apenas doutrinadores internacionalistas e penalistas - justamente porque têm seus ramos de estudo diretamente afetos à temática - empenharam-se em analisar a questão da constitucionalidade do instituto da entrega e do Estatuto como um todo. Encontramos dificuldades, entretanto, no sentido de levantar fontes em doutrinadores constitucionalistas, que seriam, no nosso sentir, os mais autorizados a enfrentar a questão, já que a controvérsia recai sobre a (in)constitucionalidade de um tratado internacional ratificado e promulgado no Brasil.

Mesmo com a apontada escassez de fontes, debruçar-nos-emos sobre o tema da conformidade constitucional do instituto da entrega. Já indicados os pontos que demonstram o aparente conflito entre o Tratado e a Constituição e efetuado o necessário corte metodológico, passaremos à análise dos argumentos doutrinários sobre o assunto.

Leciona José Afonso da Silva (2003) que as normas que integram a ordenação jurídica nacional somente serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição, do qual resulta o princípio da compatibilidade vertical. Segundo este último postulado, as normas de grau inferior (infraconstitucionais) apenas valerão se forem compatíveis com aquelas de grau superior (constitucionais), de tal modo que as incompatíveis serão inválidas. A incompatibilidade vertical é o que se chama tecnicamente inconstitucionalidade das leis ou

atos do Poder Público, que se manifesta sob dois aspectos: a) inconstitucionalidade formal, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela Constituição; e b) inconstitucionalidade material, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

Assim, como primeira linha de observação, se se considerar que o art. 89, 1, do Estatuto de Roma, que prevê a entrega de pessoas ao Tribunal, revela-se incompatível com o inc. LI do art. 5º da Constituição Federal, que proscree a extradição de nacionais; e, ainda, que o Decreto nº 4388/2002, que promulgou o Estatuto de Roma seria uma norma infra-constitucional, teríamos que reconhecer a inconstitucionalidade material daquele dispositivo estatutário, o que, para muitos autores, resultaria, automaticamente, na inconstitucionalidade da promulgação do Estatuto no Brasil, já que sua ratificação inadmitte reservas.

Como bem assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho, o ato inconstitucional seria um ato anulável, com efeito retroativo (*ex tunc*). Portanto, em sendo o Estatuto inconstitucional, todos os atos que se seguiram à sua ratificação pelo Brasil, inclusive sua promulgação, seriam passíveis de anulação.

Entretanto, se, em uma segunda linha de observação, entendermos que há plena compatibilidade entre o preceito estatutário e a Constituição, não há que se falar em vício de inconstitucionalidade. O Estatuto estaria, então, desde sua promulgação no Brasil, plenamente vigente no âmbito interno. O Estado brasileiro estaria obrigado, enquanto Estado Parte no tratado, a entregar as pessoas requeridas pelo tribunal, independentemente de sua nacionalidade.

Por sua vez, em uma terceira linha de apreciação, maior relevância ainda teria a norma estatutária se admitíssemos, conforme defendem muitos autores⁸, que, pelo disposto no art. 5º, §2º, da Constituição – segundo o qual os direitos e garantias individuais expressos na Constituição não excluem outros decorrentes de tratados internacionais de que o Brasil seja parte - e, também, em face do que prevêem os novéis §§ 3º e 4º do art. 5º (incluídos pela Emenda 45/2004), o Estatuto de Roma ingressaria em nosso ordenamento em

⁸ Steiner (2000), Mazzuoli (2005) e Pereira (2005).

grau constitucional, haja vista tratar-se de acordo internacional que visa a proteger direitos fundamentais.

Pereira (2005) afirma que, de acordo com o art. 5º, §2º, da CF, um tratado de direitos humanos admite imediata baliza constitucional, na medida em que se incorpora ao nosso regramento máximo como mais uma categoria de direito e garantia individual ou coletivo, que venha o Brasil a aderir internacionalmente. Não apenas se insere como garantia constitucional, que sequer pode ser alterada por emenda constitucional, a teor do art. 60 da Lei Maior, mas se incorpora de forma automática e imediata, não dependendo de legislação infraconstitucional. Para ele, essa é a visão da moderna doutrina.

Sob essa ótica, teríamos que perquirir, ainda, sobre eventual conflito entre normas constitucionais, ou seja, entre o preceito da não extradição de brasileiros e o preceito da entrega de pessoas para o Tribunal, ante a premissa de que ambas seriam normas de grau máximo, ou seja, regras constitucionais.

Técio Sampaio (1988) leciona que a antinomia jurídica perfaz-se quando as normas conflitantes: a) emanam de autoridades competentes, num mesmo âmbito normativo; b) contradigam-se por possuírem operadores opostos (permissão e proibição) e conteúdos refletindo negação interna (prescrição de atuação e prescrição de omissão); e, por fim, c) criam posição insustentável do sujeito destinatário da norma, sem qualquer recurso para solver o impasse instituído. Configurar-se-ia antinomia real quando preenchidos os três requisitos acima expostos e antinomia aparente, caso haja solução prevista pelo ordenamento jurídico.

Segundo o renomado constitucionalista português Canotilho (1992), para a solução de uma aparente antinomia na Lei Magna, haveríamos de considerar os princípios norteadores da interpretação constitucional, quais sejam:

- a) princípio da superioridade jurídica da constituição, ou supremacia constitucional, já explicitado anteriormente, que impõe a rigidez da Carta Magna;

- b) princípio da unidade da constituição, que exige uma interpretação sistêmica do texto, sem considerações parciais, levando a uma busca incessante da conciliação de supostos conflitos;
- c) princípios do efeito integrador, visando à integração política e social, a harmonização entre Estado e sociedade;
- d) princípio da máxima efetividade, que preconiza a opção pelo sentido que garanta maior eficácia à norma;
- e) princípio da conformidade funcional, que se revela na impossibilidade do órgão-intérprete desvirtuar a organização estabelecida pela própria constituição.
- f) princípio da harmonização ou da concordância prática, que impõe a tentativa de salvaguardar direitos e bens jurídicos constitucionalmente protegidos, dada a sua igualdade de valoração, estabelecendo-se limites recíprocos.

Por outro lado, há de ser objetada, também, a origem das normas constitucionais conflitantes: se se trata de norma originária (oriunda do poder constituinte originário, instituidor de uma nova ordem jurídica); ou derivada (decorrente do poder constituinte derivado, destinado a reformar a Constituição, limitado, entretanto, por um procedimento especial, em virtude da rigidez constitucional e pela existência de “cláusulas pétreas”, imutáveis, em nosso ordenamento, conforme consignado no §4º do art. 60).

Quanto à norma derivada, a constatação de aparente antinomia, em oposição à norma originária, deve ser solucionada, em um primeiro momento, pelo critério cronológico: a norma posterior revoga a norma anterior. Todavia, essa regra vale apenas quando tenha sido permitida a alteração da norma originária. Assim, se restar instituído conflito entre a emenda (norma derivada) e o núcleo duro de nossa Constituição, protegido por “cláusula pétrea”, poder-se-ia, efetivamente, falar em inconstitucionalidade da norma derivada.

Diante disso, tendo em vista que o Tratado de Roma assumiria grau de emenda constitucional – pois sua instituição não decorreu do poder constituinte original, mas de autorização constante da própria Carta Magna (art. 5º, §2º, da CF), que conferiu poder reformador aos tratados internacionais que versem sobre direitos e garantias individuais – restaria saber se tal emenda não seria inconstitucional por violar preceito imutável, protegido pelo constituinte original.

Canotilho (1992) ensina que a constituição garante a sua estabilidade e conservação contra alterações subversivas do seu núcleo essencial através de cláusulas de irreversibilidade e de um processo “agravado” das leis de revisão.

Como bem lembra José Afonso da Silva (2003), o poder constituinte derivado, também denominado instituído ou constituído, ou, ainda, poder de revisão ou reformador, é inquestionavelmente um poder limitado. O próprio constituinte originário impõe ao poder derivado quatro tipos de limitações: a) limitações formais – estrito cumprimento do procedimento de reforma previsto; b) limitações circunstanciais – impossibilidade de reforma, em razão de situação especial (estado de sítio, p. ex.); c) limitações temporais – impossibilidade de revisão antes de determinado período; e d) limitações materiais – proibição de mudança de determinados assuntos (“cláusulas pétreas”).

Entre as limitações materiais expressas na Constituição brasileira (art. 60, §4º), figura a impossibilidade de ser objeto de deliberação emenda tendente a abolir direito e garantia individual.

Assim, se entendêssemos que alguma regra do Estatuto de Roma afronta direito e garantia individual, poderíamos concluir, por uma linha de argumentação (A), que apenas seriam inconstitucionais aqueles dispositivos que ofendem a Lei Magna e, por outra linha (B), que o Decreto que promulgou a convenção seria inteiramente inconstitucional. Nesses termos, se a entrega de pessoas ao Tribunal (art. 89, 1, do Estatuto) for incompatível com a regra fundamental que veda a extradição de brasileiros (art. 5º, LI, da CF/88), teríamos a inconstitucionalidade daquela regra (A) e, segundo alguns autores, a inconstitucionalidade do Estatuto como um todo (B), ante a impossibilidade expressa de sua aplicação parcial.

Contudo, diante de todo o exposto, não podemos olvidar a lição do mestre Canotilho (1992), segundo o qual a existência de um núcleo rígido na constituição não visa a proteger seu sentido e suas características fundamentais contra adaptações e mudanças necessárias, mas contra a aniquilação, ruptura e eliminação do próprio ordenamento constitucional, substancialmente caracterizado.

Nessa perspectiva, se concluirmos pela compatibilidade entre os preceitos da entrega e da extradição, existiria a convivência harmônica de duas normas constitucionais, a decorrente do Estatuto e a expressa na própria Constituição.

Parece-nos que o entendimento da compatibilidade dos preceitos foi reforçado pela inclusão do §4º, no art. 5º, da Constituição, que confere proteção constitucional à adesão brasileira ao Tratado de Roma⁹.

A inserção desse parágrafo no artigo da Lei Magna referente à proteção de direitos e garantias fundamentais denota o reconhecimento constitucional da importância da criação do Tribunal Penal Internacional e de sua adesão pelo Estado brasileiro. Dessa maneira, não se pode desprezar a significância, para o Brasil, da implementação desse organismo internacional como importante instrumento permanente de proteção dos direitos humanos. E, nesse passo, o Estatuto se mostra, em tudo, harmônico com os objetivos essenciais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, segundo os quais a República Federativa do Brasil tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), devendo reger-se em suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos, defesa da paz e cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (art. 4º, II, VI e IX).

Nesse sentido, leciona Pereira (2005) que, pelo só fato de o Estatuto de Roma ser um tratado de direitos humanos, já seria compatível com os ideais da República Federativa do Brasil, que, conforme o art. 1º, III, da CF, tem por fundamento a dignidade humana e, na forma do art. 7º das Disposições Transitórias (ADCT), predispõe-se a aderir a um tribunal internacional de direitos humanos, que muitos dizem ser o próprio Tribunal Penal Internacional.

⁹ Dispositivo incluso na CF pela EC 45/2004.

Ressalte-se, ainda, que, conforme o princípio da complementariedade, norteador da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 17 do Estatuto), a sua jurisdição resultará sempre da insuficiência ou falta de atuação da persecução penal nacional, no intuito de evitar a impunidade no cometimento de crimes de repercussão supranacional, como o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra. Como ressalta Japiassú (2005), os Estados têm obrigação primária de investigar, processar e, se for o caso, punir seus nacionais pela prática de crimes tão graves, sem necessidade de qualquer entrega.

Podemos concluir das várias linhas de observação aqui expostas, que qualquer posição que adotemos, quer conferindo *status* constitucional, quer atribuindo hierarquia de lei ordinária ao Estatuto de Roma, a solução da controvérsia acerca da sua constitucionalidade, para muitos autores, passará necessariamente por resolver a questão acerca da igualdade ou divergência entre os institutos da entrega e da extradição.

Com o fito de buscar respostas sobre as indagações postas, trataremos, a seguir, mais detalhadamente, acerca dos institutos da entrega, prevista no Estatuto de Roma, e da extradição, especialmente, no que concerne a suas naturezas jurídicas e às construções doutrinárias acerca do tema.

4. DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA ENTREGA DE NACIONAIS

4.1 Da entrega prevista no Estatuto de Roma

O artigo 89, item 1, do Estatuto prevê a obrigação de detenção e entrega de indivíduos pelos Estados Partes quando assim determinado pelo Tribunal, não existindo qualquer ressalva quanto à entrega de nacionais. Destarte, um Estado se pode ver obrigado a entregar um indivíduo que tenha a sua nacionalidade para que venha a ser processado e julgado por aquela corte internacional.

A seguir, transcreveremos os principais dispositivos estatutários que regulamentam a matéria¹⁰:

¹⁰ Texto oficial em português extraído do Decreto nº 4388, publicado no DOU de 26/09/2002.

Artigo 89

Entrega de Pessoas ao Tribunal

O Tribunal poderá dirigir um pedido de detenção e entrega de uma pessoa, instruído com os documentos comprovativos referidos no artigo 91, a qualquer Estado em cujo território essa pessoa se possa encontrar, e solicitar a cooperação desse Estado na detenção e entrega da pessoa em causa. Os Estados Partes darão satisfação aos pedidos de detenção e de entrega em conformidade com o presente Capítulo e com os procedimentos previstos nos respectivos direitos internos.

[...]

Artigo 102

Termos Usados

Para os fins do presente Estatuto:

a) Por "entrega", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado ao Tribunal nos termos do presente Estatuto.

b) Por "extradição", entende-se a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado conforme previsto em um tratado, em uma convenção ou no direito interno.

Como visto, o Estatuto prevê a obrigação de entrega de indivíduo pelos Estados Partes, independentemente da nacionalidade. Dispositivo que nos parece crucial para a efetividade de uma jurisdição penal internacional, pois, como leciona Mazzuoli (2005), para a efetivação e garantia da Justiça Penal Internacional, o Tribunal deve ter poderes para determinar que os acusados da prática de crimes reprimidos pelo Estatuto sejam colocados à sua disposição para ulterior julgamento.

Também nesse sentido, ressalta Cachapuz de Medeiros (2000) que seria inútil criar-se o Tribunal, caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados fossem compelidos a comparecer em juízo.

É justamente para o êxito de sua finalidade precípua que, nos termos do art. 86, os Estados Partes deverão colaborar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência.

Ante a obrigação imposta pelo Estatuto de Roma, que foi devidamente ratificado e promulgado pelo Governo brasileiro, impõe-se enfrentarmos a questão da

possibilidade de entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional, ante a proibição expressa da Carta Magna de extradição de nacionais.

De rigor, então, a análise do instituto da extradição no nosso ordenamento interno para verificarmos a sua natureza jurídica, a fim de que a possamos confrontar com o instituto da entrega previsto no ato convencional e concluir acerca da extensão da norma constitucional proibitiva.

4.2 Da extradição

Para a maioria dos autores, a palavra extradição deriva etimologicamente do latim *tradere*, que significa tratado, costume ou promessa de reciprocidade¹¹. Há, ainda, quem repute sua origem aos termos latinos *extraditione*¹², retorno compulsório do reclamado ao Estado reclamante, ou, ainda, *traditio*¹³, transporte de pessoa ou coisa e a sua respectiva entrega. Seja qual for a palavra latina de origem, os pontos essenciais do conceito são equivalentes.

Japiassú (2005) afirma que a extradição é o mais tradicional de todos os instrumentos de cooperação internacional penal, cuja prática no mundo remonta aos egípcios, caldeus, chineses e gregos, na Antigüidade. Esse autor localiza o primeiro registro histórico de acordo de extradição no tratado de paz celebrado entre Ramsés II, faraó do Egito, e Hatussili, rei dos Hititas, em 1.280 a.C., que é considerado, também, o documento diplomático mais antigo da história da humanidade.

Da mesma forma, segundo Japiassú (2005), a extradição tem a natureza jurídica de “instrumento processual de cooperação internacional na luta contra o crime, sob a forma tradicional de cooperação judicial, que se desenvolve **entre dois Estados**, com a intervenção do extraditando, segundo a lei internacional (tratado e convenção), o costume, a promessa de reciprocidade e a lei nacional do país requerido” (grifo nosso).

¹¹ Castori, Pessina e Lanza *apud* FARIA, A. Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado**. Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958, v. 1, p. 87.

¹² Veloso (1999).

¹³ Russomano (1981) e Silva (1989).

Para Hildebrando Accioly (1998), a extradição é o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça **de outro Estado** competente para julgá-lo e puni-lo.

Guimarães (2002) define extradição como a “forma processual admitida, de colaboração internacional, para fazer com que um infrator da lei penal, refugiado em um país, se apresente ao juízo competente **de outro país** onde o crime foi cometido” (grifo nosso).

Como visto, em todos os conceitos referidos, remanescem dois elementos: de um lado, o Estado requerente – que pede a apresentação de um indivíduo acusado ou condenado criminalmente –; e, de outro, um Estado requerido – no qual o indivíduo procurado se albergou.

Semelhantes definições nos apresentam também os autores estrangeiros. Para Manzini¹⁴, a extradição é o instituto político-jurídico pelo qual **um Estado** pede a entrega (“*consegna*”, em italiano) de um indivíduo acusado ou condenado para que seja processado ou submetido à execução da pena.

Euzébio Gomes¹⁵ define extradição como o procedimento de que se vale **um Governo** para requerer de outro a entrega (“*entrega*”, em espanhol) de uma pessoa que deve ser submetida a processo penal ou ao cumprimento de uma sanção.

Subsiste, nas definições estrangeiras, a idéia de um país requerente e outro requerido, ou seja, a contraposição de dois Estados, na condição de sujeitos de Direito Internacional Público soberanos e distintos, que se comprometeram à mútua assistência, por acordo bilateral ou tratado internacional, no que diz respeito à apresentação de indivíduos procurados pela justiça e/ou condenados criminalmente.

Os requisitos para o processamento dos pedidos e as concessões de extradição geralmente são estabelecidos em leis internas, em tratados bilaterais ou, ainda, em tratados multilaterais.

¹⁴ Apud CARNEIRO, Camila Tagliani. **A extradição no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002, p. 19.

¹⁵ Apud CARNEIRO, op. cit. p. 19.

Os doutrinadores costumam classificar a extradição como ativa – sob a perspectiva do Estado requerente – e passiva – sob a perspectiva do Estado requerido. Assim, no âmbito brasileiro, a extradição seria ativa quando solicitada pelo Brasil a outro Estado e, passiva, quando requerida por outro Estado ao Brasil. Na primeira hipótese, o pedido subordina-se às regras legais vigentes no país requerido, se inexistir tratado. Já na segunda hipótese, o pedido se subordina à nossa lei interna ou tratado, se existir.

Atualmente, a extradição passiva no Brasil tem suas regras estabelecidas na Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), que foi regulamentada pelo Decreto nº 86.715/81. A extradição ativa é regulamentada pelo Decreto-Lei nº 394/38.

Para uma melhor análise, transcrevemos, a seguir, os principais dispositivos do Estatuto do Estrangeiro acerca da extradição passiva.

Título IX

Da Extradição

*Art. 76. A extradição poderá ser concedida quando o **governo requerente** se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade.*

Art. 77. Não se concederá a extradição quando:

*I – **se tratar de brasileiro**, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido;*

[...]

Art. 78. São condições para a concessão da extradição:

*I – ter sido o crime cometido no território do Estado requerente ou serem aplicáveis ao extraditando as lei penais desse Estado;
e*

II – existir sentença final de privação de liberdade, ou estar a prisão do extraditando autorizada por juiz, tribunal ou autoridade competente do Estado requerente, salvo o disposto no art. 82.

[...] (grifos nossos)

De antemão, na leitura do art. 76 *supra*, podemos verificar que a extradição, no Brasil, depende, *a priori*, de requerimento do governo de um outro **Estado**. O seu cabimento também é condicionado ao preenchimento dos dois requisitos estabelecidos no art.

78, quais sejam: a) incidência da lei penal do país requerente e, b) condenação ou mandado de prisão devidamente expedido, no país requerente, em face do extraditando.

Como visto, a extradição não se destina a fazer com que meros suspeitos ou pessoas cuja presença em um processo seja desejada venham a ser entregues por um país a outro. Não caberia extradição para mero interrogatório; há necessidade de decretação de prisão preventiva pelos órgãos competentes do país requerente¹⁶.

Também percebemos, na exegese do texto legal (art. 77), que, em regra, é vedada a extradição de brasileiros. Nesse sentido, a norma proibitiva foi parcialmente¹⁷ recepcionada pela Constituição brasileira de 1988, que, seguindo a tradição desde a Constituição de 1934¹⁸, proscreve, via de regra, a extradição de brasileiros. Temos, dessa forma, uma autêntica limitação *ratione personae*, estabelecida pela Carta Magna de 1988:

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

*LI – **nenhum brasileiro será extraditado**, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;*

[...] (grifo nosso)

Ressalte-se que, conforme o disposto no §4º do art. 60 da Constituição, a norma transcrita é considerada “cláusula pétrea”, com o que não pode ser objeto de emenda constitucional, vez que se trata de dispositivo inserto no rol de direitos e garantias individuais.

¹⁶ Extradicação nº 341/1979 STF

¹⁷ A recepção foi parcial, haja vista que o texto da atual Carta Magna admite uma hipótese para extradição de brasileiro naturalizado posterior à aquisição da nacionalidade, quando se tratar de crime de tráfico ilícito de entorpecentes (art. 5º, inc. LI, da CF).

¹⁸ A Constituição imperial de 1891 e a lei de 1911 que regulamentava a extradição permitiam a extradição de nacionais.

Ante o exposto, admitem-se atualmente apenas duas hipóteses de extradição de nacional, a saber: a) em caso de brasileiro naturalizado que praticou crime comum antes da naturalização; e b) em caso de brasileiro naturalizado com comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, antes ou depois da naturalização.

O Supremo Tribunal Federal tem-se manifestado reiteradamente pelo cabimento da extradição de brasileiros naturalizados, nas hipóteses estabelecidas pelo constituinte.

HABEAS CORPUS. Extradição de brasileiro naturalizado anteriormente condenado no país de origem por crimes comuns. Artigo 77, I da Lei 6.815/80, em face da norma do artigo 5., inciso LI da Constituição de 1988. Desnecessidade de prévia anulação da naturalização, para a concessão da extradição. Alegações sobre a identidade entre os crimes praticados no país de origem e os previstos na legislação penal brasileira, cujo exame excede o âmbito do habeas corpus, devendo ser deduzidas no processo de extradição. Habeas corpus denegado.

HC 67621 / DF Rel. Min. CARLOS MADEIRA DJ 16/08/1991 p.10786

Extradição: brasileiro naturalizado antes do crime de tráfico internacional de entorpecentes no qual se suspeita de sua participação: razões do indeferimento. I. Extradição: tráfico internacional de entorpecentes: competência do Estado requerente. 1. A vista da Convenção Única de Nova York, de 1961 (Art. 36, II, a, I), e para efeitos extradicionais, cada uma das modalidades incriminadas, no tipo misto alternativo de tráfico de entorpecentes, deve considerar-se um delito distinto: donde, a competência da Itália para julgar o crime de importação para o seu território de droga remetida do Brasil, sem prejuízo da jurisdição brasileira sobre os momentos antecedentes do mesmo episódio criminoso. II. Extradição de brasileiro naturalizado anteriormente ao crime, no caso de "comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes, na forma da lei" (CF, art. 5., LI, parte final): pressupostos não satisfeitos de eficácia e aplicabilidade da regra constitucional. 1. Ao princípio geral de inextraditabilidade do brasileiro, incluído o naturalizado, a Constituição admitiu, no art. 5., LI, duas exceções: a primeira, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, se a naturalização é posterior ao crime comum pelo qual procurado; a segunda, no caso de naturalização anterior ao fato, se se cuida de tráfico de entorpecentes: aí, porém, admitida, não como a de qualquer estrangeiro, mas, sim, "na

forma da lei", e por "comprovado envolvimento" no crime: a essas exigências de caráter excepcional não basta a concorrência dos requisitos formais de toda extradição, quais sejam, a dúplice incriminação do fato imputado e o juízo estrangeiro sobre a seriedade da suspeita. [...]

Ext 541/EUA - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE DJ 18/12/1992 p.24374

Ousamos discordar dos autores que apontam, em acréscimo às alternativas de extradição de naturalizados, a possibilidade de o brasileiro nato ser extraditado quando houver comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins¹⁹. Parece-nos que há um equívoco na exegese da norma constitucional, que outra interpretação não pode ter, de acordo com a concordância gramatical, senão a de que apenas o brasileiro naturalizado pode ser extraditado. A conjunção prepositiva “*em caso de*” logo após o termo “*naturalizado*” restringe as hipóteses que seguem a “*naturalizado*”. A segunda possibilidade de extradição se inicia por “*de*” (“*[...], ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes [...]*”- grifo nosso), não deixando dúvidas de que se trata do complemento da locução prepositiva “*em caso...*”.

Portanto, fora de tais hipóteses, é vedada a extradição de nacionais. Essa proibição revela uma preocupação do constituinte quanto à confiabilidade no julgamento e no tratamento dos brasileiros pelos Estados estrangeiros.

Os autores apontam os seguintes argumentos em favor da não extradição de nacionais: 1) os Estados devem proteção a seus nacionais e, por conseguinte, têm obrigação de garantir-lhes uma justiça imparcial; 2) os Estados não devem abdicar parcela alguma de sua soberania, e a entrega de um nacional a uma justiça estrangeira constitui uma espécie de renúncia a direitos inerentes à soberania; 3) todo indivíduo tem o direito de viver no território e sob a proteção do Estado de que é nacional, e, portanto, seria injusto afastá-lo da pátria, contra a sua vontade.

Accioly (1998), objetando a proscrição de extradição de nacionais, rebate esses argumentos asseverando, primeiro, que a proteção devida pelo Estado aos seus nacionais não pode ser entendida de maneira que impeça o comparecimento destes perante juízes estrangeiros; assim, a falta de confiança na justiça estrangeira não justificaria apenas a

¹⁹ Japiassú (2005) e Accioly (1998).

não-entrega dos nacionais, mas de qualquer pessoa, ainda que estrangeiro. Em continuação, afirma que nem a soberania do Estado é absoluta, nem a dignidade de um Estado fica ofendida pela entrega de nacionais a uma justiça estrangeira, especialmente porque tal entrega depende do exame prévio dos fundamentos do pedido pelas autoridades nacionais. Por fim, a não-extradição de nacionais pode criar um grave inconveniente, qual seja o de deixar impune o indivíduo que, já condenado em país estrangeiro, refugia-se no país de nacionalidade.

Entretanto, nem sempre foi essa a tradição em nosso ordenamento. Antes de 1934, não era proibida a extradição de nacionais. Da mesma forma, no direito comparado, percebemos que, em países onde prevalece o princípio da territorialidade absoluta da lei penal, é admitida a extradição de nacionais (caso da Grã-Bretanha).

4.3 Da entrega de nacionais

Seria, então, constitucional o dispositivo que prevê a entrega de qualquer indivíduo ao Tribunal Penal Internacional, independentemente da sua nacionalidade?

Diversos autores já se debruçaram acerca dessa temática. E, como já dito, a posição predominante e quase unânime da doutrina é no sentido da inexistência de conflito com a Constituição Federal de 1988, como demonstraremos a seguir.

Carlos Frederico Pereira (2005) chega a afirmar que parece inusitado discutir-se a aplicação de um tratado já assinado e sua aplicabilidade frente ao nosso Direito, quando a sua vigência já é uma realidade. Contudo, pondera o autor, que, como o Supremo Tribunal Federal, guardião do respeito à Lei Maior, ainda não foi chamado a pronunciar-se sobre o tema, e sendo certo que há questionamentos sobre a constitucionalidade do Estatuto, torna-se pertinente a análise da temática sob a perspectiva constitucional.

Da análise das diversas obras que versam especificamente sobre o assunto, percebe-se que os autores que não afirmam a constitucionalidade do dispositivo estatutário também não asseveram expressamente sua inconstitucionalidade, apenas sugerindo a necessidade de sua adequação ao nosso sistema jurídico²⁰.

²⁰ Por exemplo: Carneiro (2002).

Encontramos, assim, certa dificuldade em levantar argumentos contrários à constitucionalidade da entrega de nacionais, por falta de fonte doutrinária. Porém, utilizaremos outros instrumentos metodológicos, a saber: a) análise conjunta dos dispositivos legais (Estatuto de Roma e Constituição Federal); b) contra-argumentação da corrente defensora da constitucionalidade; e c) aplicação de interpretação analógica, considerando o instituto similar da extradição.

4.3.1 Dos argumentos referentes à inconstitucionalidade da entrega de nacionais

Quais seriam os argumentos fundantes da existência de conflito entre a obrigação de entrega prevista no Tratado de Roma e a Constituição Federal brasileira?

Primeiro, se considerarmos que entrega e extradição têm a mesma natureza jurídica, ou seja, que essencialmente são o mesmo instituto, apenas com terminologias distintas, não haveria como coadunar a entrega de nacionais com o nosso ordenamento jurídico, que, por preceito constitucional intransponível, veda a extradição de brasileiros. Assim, a distinção feita no art. 102 do Estatuto seria meramente terminológica, não interferindo na essência dos institutos, na sua natureza jurídica.

Esse argumento pode ser reforçado pelas definições de extradição concebidas pela doutrina brasileira e estrangeira, que sempre utilizam a expressão “entrega” para caracterizar a natureza jurídica do instituto, como já explicitado na Seção 4.2 do presente trabalho²¹. A utilização reiterada dessa expressão revelaria que, ontologicamente, a entrega no Estatuto de Roma e a extradição, tradicionalmente prevista no nosso ordenamento jurídico, são a mesma coisa, ambos significando a entrega de um indivíduo requerida por um ente de Direito Internacional Público.

O fato de o requerimento de entrega ser efetivado por um Estado ou por um Tribunal não seria da essência do instituto, mas apenas um elemento acessório insignificante diante da proteção constitucional. Ao vedar a extradição de nacionais, quis o constituinte reservar ao Judiciário brasileiro o julgamento dos nacionais que aqui se encontrem, independentemente de quem requeira a sua entrega.

²¹ Vide pp. 34/36.

Some-se a isso a condição do Estatuto de Roma como tratado internacional devidamente promulgado pelo Governo brasileiro, por meio do Decreto nº 4388/2002, que ingressaria em nosso ordenamento jurídico, conforme alguns, com *status* de lei ordinária, não podendo, portanto, ter validade disposições conflitantes com a Carta Magna. Nesse sentido têm sido as decisões do Supremo Tribunal Federal todas as vezes em que foi instado a pronunciar-se acerca do posicionamento dos tratados na ordem jurídico-hierárquica brasileira.

É bem verdade que a norma acrescentada pela Emenda Constitucional nº 45²² possibilitou a votação qualificada de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (art. 5º, §3º, da CF), a fim de que adquiram força de Emenda Constitucional. Entretanto, esse novo regramento não poderia ser aplicado ao Estatuto de Roma para considerá-lo inserto no ordenamento jurídico pátrio sob *status* constitucional, pois não houve, no caso, a votação qualificada prevista naquele dispositivo (aprovação, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros). Assim, para que o Estatuto adquirisse *status* constitucional necessário seria submetê-lo novamente ao crivo do Congresso Nacional, dependendo de aprovação mediante *quorum* qualificado.

Não se poderia, de idêntica maneira, considerar o disposto no art. 5º, §4º, da Constituição Federal de 1988²³ para fins de convalidação do ato que ratificou e promulgou o Tratado de Roma, eis que sua ratificação e promulgação pelo Brasil já seriam por si inconstitucionais ao tempo em que praticados.

Tomando por base os argumentos acima explicitados poderíamos chegar a duas conclusões.

Para muitos, a existência de um e apenas um dispositivo inconstitucional no Estatuto de Roma já tornaria a sua ratificação inconstitucional, visto que expressamente o tratado não admite reservas ou aplicação parcial. Assim, partindo-se da premissa de que o instituto da entrega afrontaria disposição expressa na Lei Maior, o decreto-legislativo que autorizou a ratificação do tratado (Decreto-Legislativo nº 112/2002) estaria eivado de

²² “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

²³ “§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”

inconstitucionalidade e, portanto, da mesma forma seriam inconstitucionais todos os atos que se seguiram para a implementação daquele acordo internacional no Brasil.

Mesmo que reconhecêssemos, por força de argumentação, o *status* de Emenda Constitucional ao Estatuto de Roma, ante a nova redação dos §§ 3º e 4º do art. 5º da Constituição, ainda assim, ele não passaria imune pelo crivo de controle de constitucionalidade, haja vista violar garantia fundamental (garantia de não extradição de nacionais - art. 5º, LI, da CF), não sendo admitida sequer proposta de emenda tendente a abolir direitos e garantias individuais (art. 60, §4º, da CF).

Finalmente, mais uma vez por força de argumentação, não seria pertinente a defesa da constitucionalidade do Tratado de Roma com base no art. 7º do ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), pois ali apenas está dito que o “Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Porém, em nenhum momento o constituinte autorizou a adesão a um tribunal com regras inconstitucionais. A necessidade dos tratados – ou de quaisquer normas infraconstitucionais – adequarem-se à nossa Constituição não precisa estar expressa, ela é lógica.

De outro lado, poder-se-ia defender a plena vigência do Estatuto de Roma no Brasil, apenas considerando-se inviável, por absoluta inconstitucionalidade, a entrega de nacionais ao Tribunal Penal Internacional. Assim, o Brasil apenas cumpriria a norma inserta no art. 89, 1, da convenção estatutária quando a ordem de entrega não incidisse sobre brasileiros, ou nas hipóteses em que a nossa Lei Magna admite extradição de naturalizados.

Ao descumprir o preceito estatutário, o Brasil estaria sujeito a responsabilização internacional por ofensa a obrigação a que se submeteu por acordo internacional.

Em face do exposto, acolhendo-se os argumentos apresentados nesta seção, poderíamos adotar um dos seguintes entendimentos quanto à incorporação do Tratado de Roma no Brasil: a) o dispositivo concernente à entrega de pessoas ao tribunal seria inconstitucional na parte em que obriga o Brasil a entregar nacionais e, conseqüentemente, o Estatuto não poderia ser aqui aplicado, e sua promulgação estaria maculada pela inconstitucionalidade; e b) o artigo que dispõe sobre a entrega de pessoas ao tribunal seria

inconstitucional na parte em que obriga a entrega de nacionais, inviabilizando o cumprimento dessa norma estatutária pelo Brasil, que incidiria, eventualmente, em ilícito internacional.

4.3.2 Dos argumentos referentes à constitucionalidade da entrega de nacionais

Todavia, mesmo com todos os óbices ora apontados, a doutrina majoritária e quase unânime no Brasil tem-se manifestado pela plena adequação do preceito estatutário ao ordenamento pátrio.

O argumento reiterado em todas as obras consultadas é o de que o instituto da entrega teria natureza jurídica distinta da extradição e com esta não se confundiria. Nesse sentido, a existência, na extradição, de dois sujeitos de Direito Público Internacional, de um lado o país que requer e de outro o Estado requerido, seria o traço distintivo da sua natureza jurídica em relação ao instituto da entrega.

A entrega prevista no Estatuto de Roma, diferentemente da extradição, não se dá entre dois países, mas entre um país e um tribunal internacional de que este país é parte. Assim, como bem ressaltam as definições propostas pelos autores consultados, na extradição, diferentemente da entrega ao Tribunal, sempre há dois Estados intervenientes, caracterizando-se pela entrega de uma pessoa a uma jurisdição estrangeira.

Como assevera Mazzuoli (2005), a jurisdição do Tribunal Penal Internacional não é estrangeira, mas sim internacional, podendo afetar todo e qualquer Estado Parte da Organização das Nações Unidas.

Tarciso Dal Maso (2000), tendo em vista as dúvidas concernentes à constitucionalidade do instituto da entrega, aponta três razões para a conformidade constitucional da ratificação do Estatuto pelo Brasil: a) a extradição se reporta à entrega de uma pessoa de uma jurisdição soberana a outra; já a entrega prevista no Estatuto transfere determinada pessoa a uma jurisdição penal internacional que o próprio País ajudou a construir; b) o Estatuto de Roma tem *status* de norma constitucional, vez que é tratado internacional de direitos humanos e, conforme a regra do §2º do art. 5º da CF, tais tratados ratificados pelo Brasil teriam caráter de norma constitucional; c) o art. 7º do ADCT propugna a criação de um tribunal internacional de direitos humanos e, conforme o art. 4º, inc. II, da

CF, o Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos.

Nesse sentido também se põe o entendimento de Mazzuoli (2005), que, ao distinguir entrega de extradição, assevera que não se trata de entregar alguém para outro sujeito de Direito Internacional Público, de categoria igual à do Estado Parte, também dotado de soberania na ordem internacional, mas sim a um organismo internacional de que fazem parte vários Estados.

Destarte, o ato de entrega seria aquele feito pelo Estado a um tribunal internacional de jurisdição permanente, diferentemente da extradição, que é feita por um Estado a outro, a pedido deste, em plano de absoluta igualdade.

Para Japiassú (2005), o entendimento de que poderia haver incompatibilidade entre o artigo 5º, inc. LI, da Constituição brasileira e o art. 89 do Estatuto não se afigura o mais acertado. O autor assevera que a hipótese de entrega de nacional para julgamento pelo Tribunal Penal Internacional significa a entrega de um indivíduo perante tribunal internacional do qual o Brasil é membro, e não a um tribunal estrangeiro. Haveria, no Estatuto, a entrega pelo Estado a outro órgão julgador que, se não é nacional, engloba a jurisdição nacional, o que afasta qualquer possível incompatibilidade com a Lei Maior brasileira.

Japiassú (2005) ressalta, inclusive, que essa dúvida perdurou durante a própria Conferência de Roma em 1998. A delegação brasileira, apesar de votar a favor do Estatuto na plenária final, fez declaração de voto ressaltando as dificuldades constitucionais que poderiam advir como consequência da admissão da entrega de nacionais.

Na mesma linha de argumentação, o jurista Saulo Bahia (2005) assevera que a entrega de indivíduos ao Tribunal Penal Internacional não seria propriamente extradição (conceituada como entrega a uma jurisdição estrangeira competente para julgar e punir o acusado ou condenado), mas a submissão do acusado ou condenado à própria justiça, ainda que em grau de instância internacional, pois a previsão do art. 7º do ADCT consubstancia a criação de um órgão que passa a integrar a estrutura judiciária brasileira, como última instância.

Some-se a esse argumento a obrigatoriedade de cooperação do Estado Parte no decorrer do inquérito e dos procedimentos em face de crimes de competência do Tribunal, resguardada por dispositivos do próprio Estatuto (arts. 86, 87, §1º e 88), inclusive comprometendo-se a assegurar que seu direito interno preveja procedimentos que permitam responder a **todas** as formas de cooperação, sem as quais o Estatuto se constituiria em letra morta.

Justamente por isso não se admitem reservas ao Estatuto. Pois, como bem pondera Mazzuoli (2005), caso fossem admitidas, países menos desejosos de cumprir os seus termos poderiam pretender excluir (por meio de reserva) a entrega de seus nacionais ao Tribunal, alegando que tal ato viola a proibição constitucional de extradição de nacionais, não obstante ter o Estatuto distinguido a “entrega” da “extradição”.

Em oposição às críticas feitas ao instituto da entrega no Estatuto de Roma, Cachapuz de Medeiros (2000) assevera que seria de todo inútil criar um Tribunal Penal Internacional caso não se conferisse ao mesmo o poder de determinar que os acusados fossem compelidos a comparecer em juízo.

De outro lado, tendo em consideração que o fundamento existente nas constituições contemporâneas que proíbem a extradição de nacionais está ligado ao fato de a justiça estrangeira poder ser injusta e julgar o nacional de outro Estado sem imparcialidade, essa escusa seria inoponível ao Tribunal Penal Internacional, cujos crimes estão previamente definidos no Estatuto de Roma e cujas normas processuais são consideradas das mais avançadas do mundo no que concerne às garantias da justiça e da imparcialidade dos julgamentos.

Por fim, temos que considerar o novel dispositivo constitucional que, no seio dos direitos e garantias individuais, propugna pela participação brasileira no Tribunal Penal Internacional.

TÍTULO II

DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

CAPÍTULO I

DOS DIREITOS E DEVERES INDIVIDUAIS E COLETIVOS

Art. 5º [...]

§4º. O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

A partir do preceito incluído pela Emenda nº 45, de 08/12/2004, o poder constituinte derivado expressamente manifestou-se pela constitucionalização do Tribunal Penal Internacional e, mais que isso, reconheceu-o como instrumento garantidor dos direitos e garantias individuais protegidos pela Lei Magna.

5. CONCLUSÃO

Ao final de tão detalhada pesquisa sobre o tema, é pertinente ressaltar que este trabalho não teve a pretensão de esgotar todas as perspectivas de análise do Estatuto de Roma. Em verdade, ao concluir esta monografia, resta-nos patente a constatação de que muito há a ser desbravado na seara da responsabilização penal internacional. De certa maneira, em razão de tantas outras questões que surgiram no transcurso do trabalho e que, por uma opção metodológica, preferimos não aprofundá-las, saímos ainda mais cheios de dúvidas que respostas. Diversas questões decorrentes, como a da necessidade de regulamentação interna da matéria, ou da aplicabilidade imediata do Estatuto, ou, ainda, da constitucionalidade do Decreto-Legislativo autorizador da ratificação, ou, também, da constitucionalidade do dispositivo que prevê pena de prisão perpétua, entre outras, podem servir de material bastante fértil para trabalhos científicos futuros.

Tivemos como objetivo, neste estudo, comprovar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do instituto da entrega criado pelo Estatuto de Roma, procurando, por meio da hermenêutica e de pesquisa bibliográfica, traçar todas as possíveis soluções à questão da adequação desse instituto ao ordenamento jurídico brasileiro.

Na pesquisa desenvolvida, em que consideramos os ensinamentos de diversos doutrinadores do Direito pátrio e comparado - que se debruçaram sobre a temática objeto deste estudo ou assuntos correlatos, nas searas do Direito Internacional Público, Penal, Penal Internacional e Constitucional - e, ainda, levando em conta a interpretação minuciosa dos dispositivos legais, convencionais e constitucionais incidentes sobre os institutos jurídicos da entrega e da extradição, concluímos pela existência de três principais possibilidades de resposta à questão central da presente monografia.

Em uma primeira perspectiva de resposta, a entrega de nacionais requerida pelo Tribunal Penal Internacional ao Brasil seria inconstitucional, nos casos em que a CF inadmite extradição de brasileiros, ante a equivalência jurídica dos institutos da entrega e da extradição, e, conseqüentemente, o próprio Estatuto de Roma, como um todo, seria inconstitucional ante a impossibilidade de sua ratificação com reservas.

Poderíamos, por uma segunda linha de resposta, reconhecer, sob a perspectiva da equivalência dos institutos, a inconstitucionalidade da entrega de nacionais, nos casos em que a CF inadmite extradição de brasileiros; porém admitindo a constitucionalidade da incorporação do Estatuto de Roma no Direito pátrio nos seus dispositivos que não conflitem com o ordenamento interno. De tal forma, a eventual negativa de entrega de nacionais constituiria mero ilícito internacional em virtude do qual o Brasil poderia vir a ser responsabilizado internacionalmente.

Por fim, em uma terceira forma de observação, que corresponde à perspectiva prevalente na doutrina brasileira até o momento, poderíamos concluir que os institutos da entrega e da extradição possuem naturezas jurídicas divergentes e, conseqüentemente, não existiria conflito entre o dispositivo estatutário e o preceito constitucional que veda extradição de brasileiros. Nesse passo, reconheceríamos a constitucionalidade plena do art. 89, 1, do Estatuto de Roma, que poderia ser aplicado no Brasil, com caráter constitucional, para uns, ou infraconstitucional, para outros, mas não havendo, de qualquer forma, óbice à entrega de brasileiros ao Tribunal Penal Internacional sempre que assim for requisitado, na forma e nas hipóteses previstas no Estatuto.

BIBLIOGRAFIA

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

AMBOS, Kai (org.); CARVALHO, Salo de (org.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre Fundamentos e Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

_____ (org.); CHOUKR, Fauzi Hassan (org.). **Tribunal Penal Internacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____ (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BAHIA, Saulo José Casali. **Problemas Constitucionais do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional: O Caso Brasileiro**. In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo. **O Tribunal Penal Internacional e a Constituição brasileira**. In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 5^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

CARNEIRO, Camila Tagliani. **A extradição no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

CASSESE, Antonio (org.); DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Crimes Internacionais e Jurisdições Internacionais**. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manoele, 2004.

_____ **De Nuremberg a Roma: dos Tribunais Militares Internacionais ao Tribunal Penal Internacional**. In: AMBOS, Kai (org.); CARVALHO, Saulo de (org.). **O Direito Penal no Estatuto de Roma: Leituras sobre Fundamentos e Aplicabilidade do Tribunal Penal Internacional**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

COSTA, Alberto. **Tribunal Penal Internacional. Para o fim da impunidade dos poderosos.** Mem Martins: Editorial Inquérito, 2002.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese.** 18ª ed., São Paulo: Perspectiva, 2002.

FARIA, A. Bento de. **Código Penal Brasileiro Comentado.** Rio de Janeiro: Distribuidora Record, 1958, v. 1.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** São Paulo: Atlas, 1988.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional.** 21 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1994.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário técnico jurídico.** São Paulo: Rideel.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas Compulsórias, a deportação, a expulsão e a extradição.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. **O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos.** In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Possibilidades e desafios de adequação do Estatuto de Roma à ordem constitucional brasileira.** In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Tribunal Penal Internacional e o direito brasileiro.** 1 ed. Atual. Com a Emenda Constitucional 45/2004. São Paulo: Premier Máxima, 2005.

O Tribunal Internacional e as Perspectivas para a Proteção Internacional dos Direitos Humanos no Século XXI. In: AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. **Implementação do Estatuto de Roma e Aplicação Direta.** In AMBOS, Kai (org.); JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (org.). **Tribunal Penal Internacional. Possibilidades e Desafios.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

RICHARDSON, Roberto Jarry. **Pesquisa social: métodos e técnicas.** R. J. Richardson e colaboradores, 3ª ed., São Paulo: Atlas 1999.

RUSSOMANO, Gilda Maciel Corrêa Meyer. **A extradição no Direito Internacional e no Direito Brasileiro.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1981. p. 14.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 22ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público.** vol. 1. São Paulo: Atlas, 2002.

STEINER, Silvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a constituição brasileira.** In *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2000.

VELOSO, Kleber Oliveira. **O Instituto Extradicional.** Goiânia: AB, 1999.

CONSULTA ELETRÔNICA

BECHARA, Fábio Ramazzini. **Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade.** Jus Navigandi, Teresina, a.8, n. 234, 27 fev. 2004. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4865>. Acesso em 28/02/2005.

JARDIM, Tarciso Del Maso. **O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os Direitos Humanos.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em 28/02/2005.

MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. **Tribunal Penal Internacional e o princípio da complementariedade.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em 28/02/2005.

STEINER, Silvia Helena F. **O Tribunal Penal Internacional, a pena de prisão perpétua e a constituição brasileira.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/cartilha.htm>>. Acesso em 28/02/2005.